



BERGEN KOMMUNE

BYRÅDSAVDELING FOR FINANS,
KULTUR OG NÆRING

Moderniseringsdepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 OSLO

MODERNISERINGSDEPARTEMENTET
ARKIVKODE 45
14 JULI 2005
SAKSB. KPA -
SAKSNR. 200501325-208

Deres ref.

Deres brev av:
06.04.2005

Vår ref.
200500272-13
BYK

Emnekode
BFOS-1700

Dato
6. juli 2005

Høring - endringer i regelverket for offentlige anskaffelser. Bergen kommunes høringssvar.

Byrådet i Bergen har i møte i dag fattet følgende vedtak:

1. Byrådet vedtar det vedlagte brev av 28.06.2005 som Bergen kommunes høringssvar til Moderniseringsdepartementet i forbindelse med departementets høring om forslag til endringer i regelverket for offentlige anskaffelser.
2. Melding om vedtak oversendes Bystyrets kontor.

Høringssvaret er også oversendt pr. e-post.

Med vennlig hilsen


Terje Monssen
innkjøpssjef


Bjørn-Yngve Knutsen
innkjøpsrådgiver

Vedlegg: Bergen kommunes høringssvar.

1970
1971
1972
1973
1974
1975
1976
1977
1978
1979
1980
1981
1982
1983
1984
1985
1986
1987
1988
1989
1990
1991
1992
1993
1994
1995
1996
1997
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
2009
2010
2011
2012
2013
2014
2015
2016
2017
2018
2019
2020
2021
2022
2023
2024
2025



BERGEN KOMMUNE

BYRÅDSAVDELING FOR FINANS, KULTUR OG NÆRING

Moderniseringsdepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 OSLO

Deres ref.
200404123

Deres brev av:

Vår ref.
200500272-10
BYK

Emnekode
BFOS-1700

Dato
28. juni 2005

Høring – endringer i regelverket for offentlige anskaffelser. Bergen kommunes høringssvar.

Vi viser til departementets høringsbrev av 06.04.2005, vedlagt utkast til endringer i lov om offentlige anskaffelser og i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser, samt utkast til ny forskrift om offentlige anskaffelser. Bergen kommune gir med dette sin høringsuttalelse.

Høringsuttalelsen er todelt. Kommentarene til de sentrale endringene i loven m.v. (sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser) er basert på innspill fra kommuneadvokaten. Kommentarene til utkastet til ny forskrift er ført i pennen av kommunens innkjøpsavdeling.

DEL I. - INNSPILL TIL HØRING VEDRØRENDE ENDRINGER I LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER OG FORSKRIFT OM KLAGENEMND FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER.

1. Rettslige vurderinger

1.1 Bør det gis hjemmel for å sanksjonere brudd på anskaffelsesreglene?

På bakgrunn av en rekke signaler som tydet på mange og alvorlige brudd på reglene om offentlige anskaffelser, ble det i AUDA-rapporten foreslått flere ulike former for sanksjoner ved brudd på regelverket. Det ble både fremsatt forslag om hjemmel for straff, sivilrettslig bot og adgang for forvaltningen til å erklære kontrakter for ugyldige. Kommuneadvokaten er enig i departementets vurdering om at straff er et disproportjonalt tiltak og at sivilrettslig ugyldighet ikke er ønskelig. Dersom brudd på reglene medfører ugyldighet, vil det kunne medføre en uheldig usikkerhet for kontraktspartene. Når departementet utelukkende fremmer forslag om hjemmel for sivilrettslig gebyr, fremstår dette som en god løsning.

Riktignok mener Kommuneadvokaten det er grunn til å tro at mange av bruddene på regelverket fortsatt skyldes manglende kunnskap og reglenes kompleksitet. Generelt kan det også reises spørsmål om hensiktsmessigheten av å bruke økonomiske reaksjoner mellom offentlige organ. For kommunen vil også et gebyr bare føre til en forverring av en allerede vanskelig økonomisk situasjon. Ofte vil nettopp manglende ressurstilgang være en av årsakene til manglende etterlevelse av regelverket, og en økonomisk sanksjon vil derfor bare

gjøre situasjonen verre og faren for nye brudd større. Likevel anerkjenner Kommuneadvokaten behovet for reaksjoner for bevisste og grove brudd på regelverket, men de uheldige sidene gebyr vil ha, bør være sentralt for den nærmere utforming av regelverket.

1.2 Til de materielle vilkår for å ilegge gebyr

1.2.1 Objektive gjerningsbeskrivelse

Kommuneadvokaten er enig i departementets vurdering om å begrense sanksjonshjemmelen til situasjoner hvor det er foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Det er særlig hvor ansvarssubjektet i strid med regelverket tar direkte kontakt med noen tilbydere uten å lyse ut til konkurranse det er grunn til å frykte bevisste brudd på regelverket. Hvor det foreligger feil i en anskaffelsesprosess som er lyst ut, kan eventuelt forbigåtte tilbydere klage saken inn for klageorganet for offentlige anskaffelser og for domstolen. Etter Kommuneadvokatens oppfatning vil denne muligheten, særlig sett i lys av reglene om erstatningsansvar enten for negativ eller positiv kontraktsinteresse, gi en tilstrekkelig preventiv effekt.

1.2.2 Skyldkravet

Som skyldkrav oppstilles det i forslaget et krav om *grov uaktsomhet*. På dette punkt er høringsforslaget etter Kommuneadvokatens oppfatning noe uklart.

I vurderingen av om skyldkravet bør være uaktsomhet eller grov uaktsomhet heter det i høringsnotatet:

"Adgang til å ilegge overtredelsesgebyr for uaktsomme overtredelser vil kunne bidra til en effektiv håndheving av anskaffelsesregelverket. På den annen side kan det tenkes situasjoner der oppdragsgiver ikke kan klandres for at det er blitt begått en feil. For eksempel vil en feilaktig tolking av unntakene i gjeldende anskaffelsesforskrift § 1-3 eller § 11-2 kunne føre til at man gjør en ulovlig direkte anskaffelse. For noen av disse unntakene kan det være en berettiget tvil om rekkevidden av dem, og rettskildebildet er ofte komplekst. Dersom man kan dokumentere at man har gjort det som med rimelighet kan kreves for å avdekke unntakenes rekkevidde, og likevel trår feil, mener departementet at det etter omstendighetene kan være unnskyldelig. Dette taler for en viss tilbakeholdenhet med hensyn til hvor streng aktsomhetsnormen bør være, både med hensyn til jus og faktum. ..."

Det konkluderes deretter med at overtredelsen av anskaffelsesreglene må skyldes grov uaktsomhet for å kunne ilegge gebyr, noe som også eksplisitt fremgår av lovforslaget.

Normalt har terskelen for grov uaktsomhet vært formulert som et *markert avvik fra forsvarlig atferd* eller lignende. Dette er en klart høyere terskel enn den som fremkommer av høringsnotatet.

Riktignok har kravet om et markert avvik fra det forsvarlige bare vært vurdert i forhold til *sakens faktiske side*. I forhold til såkalte *rettsvillfarelser* har det vært tatt som utgangspunkt både i straffe- og erstatningsretten at enhver er forpliktet til å kjenne grensen for det rettsstridige. Manglende kunnskap om rettsreglers eksistens eller misforståelser om rettsreglers rekkevidde vil bare være unnskyldelige i rene unntakstilfeller.

Brudd på reglene om offentlige anskaffelser vil *unntaksvis skyldes villfarelse om de faktiske forhold*. For disse situasjonene er det liten grunn til å ha en lavere terskel enn det som ellers er vanlig å anvende ved vurdering av om noe er grovt uaktsomt.

Derimot kan det være mer uklart hvordan *rettsvillfarelse* bør vurderes. Ifølge høringsnotatet kan villfarelsen være unnskyldelig dersom "man kan dokumentere at man har gjort det som med rimelighet kan kreves for å avdekke unntakenes rekkevidde". Som departementet skriver, er reglene om offentlige anskaffelser meget kompliserte. Regelverket er utslag av EU-direktiver som Norge er forpliktet til å følge gjennom EØS-avtalen. I sin utforming er direktivene ofte meget vage. Dette medfører at den norske forskriften er vag og ofte vanskelig å tolke. Selv om KOFA og domstolene etter hvert vil utpense innholdet i reglene, er forskriftens grenser fortsatt meget uklare. Det gjelder for eksempel også reglene som åpner for å benytte direkte anskaffelser. Av den grunn bør også rettsvillfarelse kunne være unnskyldelig i noen utstrekning ut over det som ellers gjelder. Rettsvillfarelsen bør etter vår oppfatning regnes som unnskyldelig *i alle tilfeller* hvor den ulovlige direkte anskaffelsen *ut i fra rettsreglenes kompleksitet og uklarhet fremstår som forståelig*. Uansett bør innholdet i den vurderingen sanksjonshjemmelen forutsetter klargjøres bedre i en eventuell Odelstingsproposisjon.

I utgangspunktet er det bare fysiske mennesker som har evne til å handle uaktsomt. I mange sammenhenger vil likevel juridiske subjekter hefte for de handlinger fysiske personer i det juridiske subjektets ledelse eller ansatte utfører. I slike tilfeller vil ofte det juridiske subjektet hefte for slike personers anonyme og kumulative feil. Det fremgår verken av den foreslåtte ordlyd eller høringsnotatet hvordan ansvarssubjektet hefter for sine ansatte i forhold til den foreslåtte sanksjonshjemmel. Det er også naturlig at departementet klargjør dette i forbindelse med eventuell Odelstingsproposisjon.

1.3 Disposisjonsprinsippet

Det kan være noe uklart om departementet i sitt høringsnotat legger til grunn at KOFA bare kan ilegge overtredelsesgebyr hvor et forhold er påklaget. Det foreslås riktignok at "enhver" kan klage over ulovlige direkte anskaffelser, og at KOFA i forbindelse med andre klager, kan gå ut over klagers anførsler og påstand og ilegge sanksjoner. Men det klargjøres ikke om KOFA kan ilegge gebyret uten at anskaffelsen er påklaget.

Etter Kommuneadvokatens oppfatning bør sanksjon bare kunne ilegges hvor forholdet er påklaget. KOFA har hele tiden vært et tvisteløsningsorgan. Dersom nemnda nå gis adgang til å sanksjonere etter eget tiltak, vil de i større grad fungere som et tilsynsorgan. Det er etter vårt syn uheldig. Et anklageprinsipp bør derfor klart fremgå av loven, og kan for eksempel fremgå slik av § 7 annet ledd annet punktum:

"Organet kan etter klage også treffe vedtak om overtredelsesgebyr etter denne lovs § 7 b."

1.4 Rettsgebyr

Av KOFA-forskriftens § 13 følger det at de som vil ha behandlet en klage for KOFA må betale rettsgebyr som pr i dag er 845,-. Formålet med rettsgebyret er hovedsakelig å unngå sjikanøse og grunnløse klager. Gebyret er samtidig ikke høyere enn at en leverandør som mener at det foreligger et brudd på regelverket, normalt er villig til å betale det.

Departementet foreslår i sitt høringsnotat å gjøre unntak fra plikten til å betale rettsgebyr for å få behandlet spørsmålet om ileggelse av overtredelsesgebyr. Det vises til at det incitament den som er forbigått i en prosess har til å betale rettsgebyret i forbindelse med en klage, mangler for andre. Samtidig peker departementet på at sjikanøse og grunnløse klager uansett kan avvises med hjemmel i forskriftens § 9.

Denne vurderingen er Kommuneadvokaten ikke enig i. Avvisning av klager i medhold av forskriftens § 9 skjer i praksis alltid etter at *innklagede har gitt sitt tilsva*r. Bare det å inngi tilsvaret er meget ressurskrevende. KOFA og deres rådgivende uttalelser har betydelig gjennomslagskraft, også ved en eventuell etterfølgende rettslig prøving av saken. Det er derfor meget viktig for kommunen å inngi gode tilsva>r. Gjeldende regelverk oppstiller ikke noe nærmere krav til klagenes utforming. Mange av klagenes er svært uklare og uoversiktlige. For innklagede blir det derfor behov for å foreta betydelige undersøkelser av anskaffelsesprosessens faktiske og rettslige sider. Andre klager – særlig når de er formulert av advokater – har en tendens til å vidløftiggjøre saken betydelig. Også slike klager blir meget ressurskrevende å inngi tilsva>r til. Etter vår oppfatning er det god grunn til å frykte at en klageadgang uten plikt til å betale rettsgebyr vil øke antallet klager betydelig og skape et merarbeid for kommunen. Selv om opphevelse av rettsgebyret nok kan avdekke noen flere ulovlige direkte anskaffelser, vil de potensielle negative sidene av en slik endring etter vår oppfatning være for store. Det foreslås derfor at forslag til KOFA-forskriften § 13 a femte ledd strykes.

1.5 Begrunnelse av overtredelsesgebyret

Departementet legger til grunn at illeggelse av et overtredelsesgebyr vil være et enkeltvedtak som etter forvaltningslovens regler skal være skriftlig og begrunnes. Forvaltningslovens regler om begrunnelse oppstiller små krav til begrunnelsen. Ifølge § 25 skal begrunnelsen inneholde en redegjørelse for hvilke faktiske forhold og regler vedtaket bygger på. Bestemmelsen fastsetter også at de hovedhensyn som har gjort seg gjeldende ved eventuelle skjønsmessige vurderinger bør fremgå av begrunnelsen. I praksis er kravene tolket meget mildt. I tillegg viser departementet til KOFA-forskriften § 12 andre ledd andre punktum som inneholder regler om begrunnelse. I praksis gis det vesentlig grundigere begrunnelse for klager til KOFA enn det krav som stilles i forvaltningsloven.

Etter kommuneadvokatens oppfatning bør de samme kravene til begrunnelse som gjelder for KOFAs uttalelser for øvrig også gjelde for illeggelse av et overtredelsesgebyr. Men i tillegg bør også det skjønn som må foretas av om gebyr skal ilegges og vurderingen av størrelsen på gebyret begrunnes.

Overtredelsesgebyr for brudd på anskaffelsesloven vil kunne bli høye. For å kunne foreta en forsvarlig vurdering av om overtredelsesgebyret skal bringes inn for rettslig prøving, vil det være viktig for den som ilegges gebyret at de momenter KOFA har vektlagt fremgår av begrunnelsen. I tillegg til gjeldende KOFA-forskrift § 12 andre ledd bør det etter vår oppfatning tilføres som et nytt sjette punktum:

”Ved illeggelse av overtredelsesgebyr skal også forvaltningsskjønnet begrunnes.”

DEL II. - INNSPILL TIL HØRING VEDRØRENDE FORSLAG TIL NY FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER.

Våre kommentarer i denne delen er strukturert i samsvar med departementets egen kronologi i høringsnotatet.

1. BAKGRUNN FOR FORSLAGENE

2. NY STRUKTUR

Flere av de grepene som er foretatt når det gjelder forskriftens struktur, fremstår som klare forbedringer i forhold til gjeldende forskrift. Dette gjelder blant annet rokeringen av delene II og III og flytting av bestemmelsene om direkte anskaffelser frem til del I. Det er også bra at departementet har foretatt en viss sanering av henvisninger internt i forskriften, ved å erstatte henvisninger med konkrete begreper.

Vi vil likevel mene at de nye delene II og III nå fremstår som mindre tilgjengelig enn i den gjeldende forskriften. Dette skyldes primært implementeringen av de nye, frivillige innkjøpsformene. Måten disse er lagt inn i forskriften på, virker forvirrende og til dels også ulogisk. Ved å legge bestemmelsene inn i både del II og del III, utvides også forskriftens totale omfang ganske mye.

Etter vårt syn bør bestemmelsene om de nye innkjøpsformene tas ut av delene II og III og legges inn i del IV. Dette grepet vil gjøre de to førstnevnte delene langt mer håndterbare for den gjengse oppdragsgiver enn det fremlagte utkastet.

Vi antar at argumentet for den løsningen departementet foreslår, er å gjøre delene II og III til mest mulig komplette reglementer. Likevel har en øyensynlig valgt å opprettholde del IV med bestemmelser om plan- og designkonkurranser og andre konkurranseformer som vel må kunne betegnes som mest egnet for "viderekomne" innkjøpsorganisasjoner. Heller enn å flytte dette stoffet inn i delene II og III, bør en gå videre med å skille ut de spesielle innkjøpsformene og legge disse til del IV. Dette vil også redusere forskriftens omfang noe og vil samtidig gjøre det lettere å få frem eventuelle forskjeller i bestemmelsene for de ulike innkjøpsformene over og under EØS-terskelverdiene, jfr. den differensieringen i forhold til plan- og designkonkurranser som fremgår av utkastets § 21-1 (2) vs. (3).

3. HEVING AV NASJONAL TERSKELVERDI

Vi tar til etterretning departementets forslag til heving av nasjonal terskelverdi.

4. REGLER UNDER NASJONAL TERSKELVERDI

Vi deler departementets synspunkt om behovet for å synliggjøre de grunnleggende kravene til enhver anskaffelse bedre og har forventninger til effekten av de grepene som nå tas, herunder flyttingen av hjemmelen for direkte anskaffelser frem til del I. Vi tar også til etterretning departementets forslag til protokollplikt for anskaffelser med verdi over 50.000 NOK. § 3-2 (1) bør likevel etter vårt syn presisere noe bedre når protokollkravet slår inn. Slik bestemmelsen står nå, kan den tolkes som å gjelde anskaffelser med anslått verdi *eller* faktisk verdi over innslagspunktet. Det kan vel også tenkes et både -- og her .

Hva utkastet til protokollmaler angår, vil vi anbefale at det i malen for anskaffelser med anslått verdi under nasjonal terskelverdi foretas en omskriving av teksten i punkt 1.6. Slik den nå står, nærmest inviterer den til å finne en begrunnelse for *ikke* å gjennomføre konkurranse.

Dette undergraver etter vårt syn de øvrige tiltak departementet har forslått for å styrke oppdragsgivernes forståelse av kravet til konkurranse så langt som mulig fra første krone.

Forslaget til protokoll for anskaffelser med anslått verdi over 500.000 NOK, antar vi i stor grad er bygget på protokollkravene som følger av direktivet. Vi hadde svært gjerne sett et utkast til en noe enklere protokoll for anskaffelser med anslått verdi under EØS-terskelverdiene. Uansett forventer vi at departementet utvikler denne malen videre sammen med grafisk og IT-kompetanse, slik at dokumentet får et utseende og format –herunder støttetekster- som demper det voldsomme inntrykket malen gir slik den nå fremstår.

Departementet drøfter videre spørsmålet om kunngjøringsplikt under nasjonal terskelverdi. Vi har også fått med oss NHO's markedsføring av "Lille DOFFIN". Etter vårt syn vil en slik ordning som NHO målbærer, ha mye for seg. Vi kan ikke umiddelbart se at en kunngjøringsplikt på det nivået NHO foreslår, vil være særlig byrdefull for oppdragsgiver. Vår erfaring er heller at oppdragsgiver, ved å utsette anskaffelsen for formell konkurranse, blir bevisstgjort i forhold til behovsvurdering og spesifisering av behov. "Lille DOFFIN" vil etter vårt syn derfor være et nyttig virkemiddel til å oppnå konkurranse og bedre anskaffelser under nasjonal terskelverdi når denne nå etter alle solemerker heves ganske betydelig.

En eventuell innføring av kunngjøringsplikt under nasjonal terskelverdi må samkjøres med protokollplikten, slik at innslagspunktet (grenseverdi) blir likt for begge kravene. Vi tar ikke stilling til hvor innslagspunktet da bør være.

5. DELTAKELSE I KONKURRANSER HVOR DET SETTES EN GRENSE FOR ANTALL DELTAKERE
Den foreslåtte forskriftsteksten er for så vidt grei i utgangpunktet, jfr. likevel et forslag til forbedring nedenfor. Praktiseringen av denne bestemmelsen i samsvar med departementets utlegning i høringsnotatet, kan derimot fort bli rimelig krevende. Sett i lys av de skjerpede kravene til begrunnelse, jfr. §§ 10-14 og 18-16, er vi redd for at prosessen med utvelgelse av deltakere lett kan bli unødvendig byråkratisk.

En praktisk problemstilling er hvordan en skal kunne rangere likeverdige leverandører i henhold til kvalifikasjonskrav, på en måte som kan begrunnes objektivt overfor leverandørene. Dette kan lett føre til situasjoner hvor fokuset på forretningsmessighet blir redusert til fordel for et ensidig fokus på regeletterfølgelse. Det er da stor risiko for at anskaffelsen rent forretningsmessig ikke blir best mulig.

For å motvirke at oppdragsgiver benytter loddtrekning som "minste motstands vei", er det derfor viktig at departementet i veilederen signaliserer et størst mulig rom for oppdragsgivers faglige skjønn i utvelgelsesprosessen. Om mulig bør dette komme frem også i forskriften.

Teksten i §§ 7-6 (2) og 15-8 (2) er forholdsvis knapp og beskriver kun hva oppdragsgiver plikter å kunngjøre. Hvilke regler/utvelgelsesprinsipper som kan benyttes, sies det intet om. Det vil derfor være helt avgjørende for en hensiktsmessig bruk av disse bestemmelsene at veilederen gir gode retningslinjer for det handlingsrom oppdragsgiver har ved fastsettelse av regler og kriterier for utvelgelsen.

For å gjøre denne bestemmelsen tydeligere og mer entydig, foreslår vi også følgende omskrivning: *"Den nedre og øvre grensen skal fremgå av kunngjøringen, sammen med de kriterier eller regler oppdragsgiver vil benytte ved utvelgelsen av eventuelt overtallige*

kvalifiserte leverandører. Kriteriene eller reglene må være objektive og ikke-diskriminerende.”

6. GJENNOMFØRING AV KONKURRANSE MED FORHANDLING ETTER FORUTGÅENDE KUNNGJØRING

I forskriftsutkastet § 4-2 er konkurranse med forhandling definert som ”*anskaffelsesprosedyre hvor oppdragsgiver har adgang til å forhandle....*” Forskriftens bestemmelser om gjennomføring av konkurranse med forhandling synes ellers å forutsette at det skal finne sted forhandlinger. Spenningen mellom definisjonen og forskriften for øvrig bør fjernes for å forhindre at det oppstår misforståelser og feile fortolkninger.

Som vi også tidligere har uttalt til departementet, mener vi at det må være rom for å la være å gjennomføre reelle forhandlinger når tilbudene er så klare at oppdragsgiver ikke ser noe behov for å forhandle. Dette vil effektivisere innkjøpsprosessen. Det forutsettes selvsagt at leverandørene er gjort oppmerksom på at det ikke nødvendigvis vil bli gjennomført forhandlinger.

De foreslåtte reglene om konkurranse med forhandling gir etter vårt syn ikke særlig mye bedre veiledning enn de gjeldende reglene. Særlig gjelder dette for konkurranse med forhandling ”i ett trinn”, hvor gjeldende bestemmelser i nåværende § 16-3 er særdeles uklare og byråkratiske.

Etter nåværende bestemmelse skal det sendes invitasjon samtidig til alle som innen fristen har meldt sin interesse for å levere inn tilbud i en konkurranse med forhandling. Utvelgelse av de det skal forhandles med, skal deretter skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørenes *kvalifikasjoner*, selv om det på det tidspunktet faktisk er levert inn tilbud!

Dette er en fremgangsmåte som for den gjengse innkjøper fremstår som ulogisk og uforståelig. Den logiske og effektive fremgangsmåten er å kutte ut fristen for å anmode om deltakelse i konkurransen. Kunngjøringen vil da angi tilbudsfristen. Eventuelt konkurransegrunnlag sendes ut fortløpende eller gjøres tilgjengelig på internett. Etter utløpet av tilbudsfristen foretas det utvelgelse til forhandlinger blant de *kvalifiserte tilbyderne*, basert på de innkomne *tilbudene*.

I tillegg til å være den logisk forståelige fremgangsmåten, gir en slik fremgangsmåte leverandørene et incentiv til å spisse tilbudet allerede i første runde. Dette vil normalt redusere ressursbruken i forbindelse med forhandlingene vesentlig for både leverandørene og oppdragsgiver, og er således i samsvar med formålsparagrafens visjon om mest mulig effektiv bruk av det offentlige ressurser.

Vi er ikke sikker på at det foreliggende forskriftsutkastet gir rom for en slik form for konkurranse med forhandling som vi har beskrevet her og vi ber derfor departementet om å få dette tydeligere frem, i forskriften og/eller i veilederen.

Hva selve forhandlingsprosessen angår, mener vi at presiseringen av muligheten for å kjøre flere forhandlingsrunder med tilhørende ”frasortering”, er hensiktsmessig. Departementet bør imidlertid få tydelig frem hvilken status de parkerte tilbudene/tilbyderne har; om de er å betrakte som avviste eller forkastede, når de skal informeres o.s.v. Det siste må bl.a. vurderes i forhold til bestemmelsene i §§ 10-8 (5) / 18-11 (5).

7. AVVISNINGSREGLENE

Bestemmelsen om plikt til å avvise tilbud der vilkårene i forskriftens § 3-6 er oppfylt, er ikke gitt på en måte som samsvarer med departementets intensjon om forenkling. Den oppdragsgiver som ikke tar seg tid til å sammenholde avvisningsregelen i §§ 10-10 (1) f / 18-12 (1) f med kravet til skjønnsmessig vurdering i § 3-6, kan komme riktig ille ut. Slik avvisningsregelen er foreslått utformet, gir den ikke noe hint om hva som står i § 3-6. Teksten i avvisningsregelen må derfor utvides noe, for å gi plass til hovedmomentene fra § 3-6.

Vi merker oss også det departementet skriver i høringsnotatet om "objektivt konstaterbar" informasjon og presiseringen av at bestemmelsen "må benyttes på en måte som ivaretar hensynene etter de generelle prinsippene om likebehandling og ikke-diskriminering". Disse kommentarene fremstår som klare innskrenkninger i forhold til den foreslåtte bestemmelsen i forskriften. En regel som egentlig fremstår som ganske klar, men som trolig ikke er så klar likevel, er ingen enkel regel å forholde seg til for den gjengse bruker av regelverket. Hvis bestemmelsen ikke uten videre alltid kan forstås helt bokstavelig, d.v.s. at den må tolkes i lys av de generelle prinsippene i lovens § 5, bør dette fremgå av bestemmelsen og departementet må gi gode retningslinjer i den nye veilederen. Alternativt vil KOFA før eller senere tolke bestemmelsen og vi føler oss ikke trygg på at deres fortolkning vil være hensiktsmessig.

8. PREISERING AV REGLENE OM BEGRUNNELSESPLIKT

Den foreslåtte bestemmelsen om at oppdragsgiver skal gi begrunnelse også til de kvalifiserte leverandører som ikke blir utvalgt til videre deltakelse i konkurranser med begrenset deltakelse, kan i enkelte konkurranser medføre et ikke ubetydelig ekstraarbeid. Generelt oppfattes det som et problem at stadig mer tid må brukes på individuelle, skriftlige begrunnelser på bekostning av den tiden som skulle ha vært benyttet til å gjøre gode anskaffelser. Vi viser også til kommentarene under punkt 5.

9. FORENKLING AV REGLENE OM KONKURRANSEGRUNNLAGET

Vi bifaller de foreslåtte forenklingene av forskriften på dette punktet, herunder differensieringen mellom de tilsvarende bestemmelsene i del II og del III.

10. UNNTAKET FOR FINANSIELLE TJENESTER

De fleste kommuner tar i dag opp lån gjennom en prosedyre som trolig er å betrakte som ulovlig direkte anskaffelse. Departementet er vel kjent med dette. I og med de foreslåtte endringene i Lov om offentlige anskaffelser, vil slike anskaffelser kunne sanksjoneres på en langt mer effektiv måte enn tidligere. Departementet må derfor gi tydelige råd i den nye veilederen om hvordan låneopptak kan gjøres på en legal måte som samtidig tilfredstiller de krav til effektiv og rask prosess som ofte kjennetegner slike anskaffelser.

11. ANBUDSÅPNING I KONKURRANSE OM BYGGE- OG ANLEGGSKONTRAKTER

Vi vil sterkt fraråde at det tas med en særregel som foreslått om tilgjengeliggjøring av navn og totalpris for bygge og anleggskontrakter. Vi deler ikke departementets forståelse av faktum som begrunner en særregel for disse anskaffelsene og vil særlig peke på følgende forhold:

- Ved konkurranser med tildelingskriteriet "økonomisk mest fordelaktige tilbud" vil en offentliggjøring av prisen ofte gi leverandøren et misvisende inntrykk av hvordan det avgitte tilbudet ligger an. Dette kan gjelde begge veier; at den med lavest pris forventer å få kontrakten og at en med høyere pris –som faktisk viser seg å være økonomisk mest fordelaktig- umiddelbart innretter seg som om konkurransen er tapt. Begge deler vil være til ugunst for oppdragsgiver.

- En del bygge- og anleggskontrakter er ikke lagt opp slik at det uten videre kan fastsettes en totalsum. De delpriser som da legges til grunn, må etter vårt syn ofte betraktes som leverandørens forretningshemmeligheter.
- Vi har flere ganger vært nødt til å omgjøre anbudskonkurranser over EØS-terskelverdien til konkurranse med forhandling. Dette vil være en håpløs prosess dersom leverandørene allerede kjenner det grunnleggende innholdet i konkurrentenes tilbud. Ved konkurranse med forhandling erkjenner også leverandørene innen bygg- og anlegg at den angjeldende informasjonen da må forbli på oppdragsgivers hånd til forhandlingene er sluttført.

Forskriften skal selvsagt ha regler som sikrer etterprøving av anskaffelsesprosessene, men disse må ikke gis på en måte som i unødig stor grad griper inne i oppdragivers mulighet til å gjennomføre konkurransen basert på forretningsmessige prinsipper, i tråd med lovens og forskriftens formålsparagrafer.

De forhold som departementet fremhever som begrunnelse for særregelen, gjør seg for øvrig gjeldende for store kontrakter også i andre bransjer, som for eksempel store, komplekse IT-kontrakter. Det dreier seg etter vårt syn her derfor mer om å opprettholde en stivbeint bransjetradisjon enn om reelle hensyn som faktisk kan berettige en slik høyst spesiell særregel.

Departementets forslag til bestemmelser om tilbudsåpning er ikke samkjørt med regjeringens forslag til bestemmelser om offentlighet i konkurranser i forslag til ny offentlighetslov. Etter vårt syn er sistnevnte bestemmelser mer enn tilstrekkelig for å sikre leverandørenes kontroll med oppdragsgivers håndtering av anskaffelsesprosessen.

Skulle departementet likevel velge å holde fast ved denne særregelen, må tidsfristen forlenges til minst 21 dager, for å gi oppdragsgiver et minimum av tid til å kontrollregne tilbudene og vurdere behovet for omgjøring av konkurransen til konkurranse med forhandling.

Vi har for øvrig merket oss at § 10-7 har overskriften "Tilbudsåpning" mens den parallelle bestemmelsen i del III (§ 18-7) har overskriften "Tilbudsåpning ved anbudskonkurranser". Vi forutsetter at det siste er det riktige og at førstnevnte overskrift korrigeres i samsvar med dette.

12. PLAN- OG DESIGNKONKURRANSE

Departementet ber her særlig om synspunkter på hvordan utsendelse av protokollen etter gjennomført plan- og designkonkurranse vil kunne påvirke de etterfølgende forhandlingene når plan- og designkonkurransen gjennomføres som et ledd i tildelingen av en tjenestekontrakt.

Vi kan ikke se at en offentliggjøring av juryens vurderinger og konklusjoner normalt vil kunne ha noen vesentlig negativ betydning for oppdragsgiver i de etterfølgende forhandlingene, men er noe mer usikker når det gjelder juryens anbefalinger. Disse vil kunne inneholde føringer som det er av strategisk betydning for oppdragsgiver å ha kontroll med. Bestemmelsen bør imidlertid uten videre kunne gjøres mindre absolutt, for å få frem at det ikke er noe i veien for at en oppdragsgiver som selv ønsker det, kan offentliggjøre protokollen

allerede etter plan- og designkonkurransen. Vi vil imidlertid fraråde å gjøre kunngjøring av protokollen på det tidspunktet obligatorisk.

13. SKATTEATTEST

Vi tar til etterretning at gjeldende bestemmelser på området videreføres. Samtidig vil vi anmode departementet om aktivt å arbeide for at dokumentasjonskravet snarest mulig kan tilfredsstilles gjennom en elektronisk registerløsning. En slik ordning vil bli oppfattet som en klar forenkling for både oppdragsgivere og leverandører.

14. FJERNING AV ENKELTBESTEMMELSER

Her har vi ingen kommentarer.

15. RAMMEAVTALER.

Bestemmelsene om rammeavtaler i delene II og III bør flyttes til forskriftens del IV, jfr. våre synspunkter under punkt 2. I forskriftens del II er disse bestemmelsene og bestemmelsene om dynamiske innkjøpsordninger satt inn helt innledningsvis. Bestemmelsene er også gitt en forholdsvis tungt tilgjengelig form. Del II har slik fått en innledning som vel er egnet til å ta motet fra den gjengse bruker som har nok med å holde styr på de ordinære og obligatoriske innkjøpsformene under EØS-terskelverdiene. Dette er det motsatte av forenkling!

Vi forstår at departementet i stor grad må forholde seg til direktivteksten når det først velger å implementere regler om rammeavtaler over EØS-terskelverdiene. Likevel bør det være mulig å formulere bestemmelsene mindre ugjenomtregelig enn i det foreliggende utkastet. Et åpenbart eksempel i så måte er formuleringen *"Tildeling av kontrakter basert på rammeavtaler som er inngått med flere leverandører kan foretas på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen, uten at det gjennomføres ny konkurranse"*. Vi antar at det her menes *"Avrop på rammeavtaler som er inngått med flere leverandører, kan foretas i henhold til rammeavtalens vilkår, uten ytterligere konkurranse"*.

Under EØS-terskelverdiene mener vi at departementet med fordel kunne ha følt seg noe friere og forenklet bestemmelsene ytterligere. Om departementet mener at det ikke er mulig å endre bestemmelsen om minst tre leverandører ved rammeavtaler med flere leverandører i forskriftens del III, bør denne bestemmelsen i det minste fjernes fra forskriftens del II. De detaljerte prosedyrereglene bør også fjernes til fordel for bruk av de generelle bestemmelsene i forskriftens del I.

Det er foreslått en bestemmelse om at rammeavtaler ikke kan inngås for mer enn fire år, med mindre en lengre avtaleperiode kan begrunnes ut fra "formålet med avtalen". Vi antar at det her også siktes til den situasjon at det p.g.a. investeringer i forbindelse med oppstart av avtalen er nødvendig av rent økonomiske grunner å operere med en lengre avtaleperiode. Dette vil typisk være tilfelle når leverandøren må investere i en spesialisert maskinpark eller bygge opp kostbar spesialkompetanse for å kunne betjene oppdragsgiver. Hvis vår forståelse er rett, vil det være fornuftig å benytte en noe annen formulering eller eventuelt en utvidet formulering i §§ 6-1 (4) og 14-1 (4). Kravet til begrunnelse, som gjerne kan fanges opp i protokollmalens punkt 1.5, bør være sikkerhet god nok for at denne bestemmelsen ikke misbrukes.

Til slutt vil vi også påpeke at temaet rammeavtaler må gis en omfattende omtale i veilederen. Dette er et vanskelig område hvor det har festet seg mange slags vaner og rutiner omkring hos

oppdragsgiverne og i forhold til de ulike bransjene. Departementet må være forberedt på at en opprydning på dette feltet vil ta tid og kreve betydelig innsats også fra sentralt hold.

16. ELEKTRONISKE ANSKAFFELSER

Bortsett fra de generelle kravene til elektronisk kommunikasjon, bør bestemmelsene om elektroniske anskaffelser flyttes til forskriftens del IV, jfr vår argumentasjon under punkt 2. Både dynamiske innkjøpsordninger og elektroniske auksjoner må inntil videre betraktes som mer avanserte innkjøpsformer som krever tilgang på særlig kompetanse og ekstra oppstartsressurser.

Også her er vårt ankepunkt at forskriftsteksten fremstår som usedvanlig tung. Dette kan bedre tåles her enn for rammeavtaler, siden dette uansett er bestemmelser for spesialistene. En sentral forutsetning er imidlertid at det gis god rådgivning i veilederen, eventuelt i en spesiell veileder for de nye, frivillige innkjøpsformene.

Departementet ber om at høringsinstansene vurderer om det bør være enklere regler for gjennomføring av elektroniske auksjoner for anskaffelser med anslått verdi under EØS-terskelverdiene og om det da kun bør gis anledning til å basere auksjonen på pris.

I tråd med våre synspunkter bl.a. under punkt 15, ønsker vi også her at departementet forenkler reglene mest mulig der hvor det kan gjøres uten å komme på kant med Norges forpliktelser ved implementering av direktivet om offentlige anskaffelser. Vi vil derimot ikke anbefale at konkurranser med anslått verdi under EØS-terskelverdiene kun skal kunne baseres på pris. Etter vårt syn må det imidlertid være mulig å rydde i bestemmelsene slik at det blir langt tydeligere hvilke bestemmelser som ikke kommer til anvendelse ved rene priskonkurranser. Dette fremgår ikke eksplisitt av det foreliggende forskriftsutkastet.

Vi har for øvrig vanskelig for å forstå hvorfor prosedyren "dynamisk innkjøpsordning" må gjennomføres helt og fullt som en elektronisk basert innkjøpsform. I det minste for anskaffelser med anslått verdi under EØS-terskelverdien vil vi derfor her oppfordre departementet til å vurdere sidestilling av de generelle kommunikasjonsformene som aksepteres for øvrig i anskaffelsesprosedyrene (brev, telefaks, elektronisk kommunikasjon).

Vi vil også anmode departementet om å vurdere en liten utvidelse av forskriftens §§ 7-1 (1) / 15-1 (1). Bestemmelsen sidestiller bruk av telefaks, brev og elektronisk kommunikasjon. Dette modifiseres så i praksis særlig av samme paragrafers 4. ledd, men også flere andre ledd i disse paragrafene er å forstå som begrensninger i forhold til 1. ledd. Denne modifiseringen bør det vises til allerede 1. ledd. Dette kan enkelt gjøres med en tilføyelse av typen "*..., med de begrensninger som følger av ...*".

Til slutt vil vi henlede departementets oppmerksomhet på en bestemmelse som rett nok ikke dreier seg om elektroniske anskaffelser, men som det likevel kan passe å ta med her:

Oppramsingen i § 2-1 (6) g av diverse tjenester innen data- og telekommunikasjon m.v. som uansett skal følge reglene i forskriftens del I og II, fremstår som en ren anakronisme og en voldsom kontrast til den proaktivitet i forhold til elektronisk kommunikasjon som preger forskriften for øvrig. (Telekstjenesten i Norge ble avvirket i 2000.) Oppramsingen tar heller ikke høyde for den sammensmelting mellom IKT og telefonitjenester som har funnet sted de seneste årene. Vi vil derfor anbefale at denne oppramsingen gis en nødvendig oppussing, eventuelt innenfor de skranker som direktivet måtte sette.

17. KONKURRANSEPREGET DIALOG

Også disse bestemmelsene bør flyttes til forskriftens del IV. Vi er ellers enig med departementet i at det ikke er hensiktsmessig å implementere disse bestemmelsene for anskaffelser med verdi under EØS-terskelverdiene.

Selve begrepet "konkurransепреget dialog" synes for øvrig å være misvisende. Det dreier seg vel heller om en "dialogpreget konkurranse"! Det må være lov å stå litt fritt i forhold til "grunnteksten" ved oversettelse av direktivet til norsk, så lenge budskapet blir riktig.

Det kom klart frem under UNICE-konferansen i Oslo høsten 2004 at de europeiske innkjøpseksperterne slett ikke er enige om fremgangsmåten for denne innkjøpsprosessen. Desto viktigere er det at departementet gjør sitt beste for å gi brukerne kvalifisert rådgivning om innkjøpsprosessen i en veileder og ved gjennomføring av kursopplæring for "superbrukere".

For å vinne erfaring med bruk av denne innkjøpsformen "på norsk", vil det være hensiktsmessig at departementet gir faglig og økonomisk støtte til gjennomføring av noen pilotprosjekter med bruk av "konkurransепреget dialog".

18. PRIORITERING/VEKTING AV TILDELINGSKRITERIENE

Departementet har her foreslått en enklere formulering under EØS-terskelverdiene enn den som følger av direktivet. Dette er i tråd med vårt ønske om enklest mulige regler under EØS-terskelverdiene.

Prioritering/vekting av tildelingskriteriene er et tema i grenseland mellom forutsigbarheten i konkurransen og oppdragsgivers frie skjønn. Det er viktig at balansen her ikke forskyves ytterligere i disfavør av oppdragsgivers frie skjønn. Et eksempel på en slik uønsket forskyvning, er et mulig fremtidig krav om evaluering i henhold til forhåndsspesifisert karaktermatrise. Et slikt krav vil i uforholdsmessig stor grad flytte offentlige anskaffelser fra "forretning" til "forvaltning". Dette er ikke i samsvar med kravet om mest mulig effektiv ressursbruk.

19. NYTT UNNTAK FOR KJØP AV VARER FRA VAREBØRS

Vi har ingen kommentarer til denne bestemmelsen. Særlig i forhold til kjøp av strøm legaliserer bestemmelsen den allerede aksepterte praksisen med kjøp på børs.

20. SPESIELLE SPØRSMÅL KNYTTET TIL SAMFUNNSMESSIGE HENSYN

Departementet inviterer her til innspill og erfaringer om konsekvenser av unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner. Vi har foreløpig ikke noen erfaringer å vise til. Vi støtter imidlertid departementets beslutning om å videreføre denne bestemmelsen i ny forskrift, for å vinne ytterligere erfaring med den, og ta den opp til ny vurdering på et senere tidspunkt.

I den sammenheng bestemmelsen står (§ 21 (3) g), fremstår den likevel etter vårt syn litt for bastant, som en absolutt bestemmelse. Det vil trolig være en fordel å få frem i forskriften at denne bestemmelsen kun gir en mulighet til – ikke en plikt til- å foreta slike anskaffelser som direkte anskaffelse.

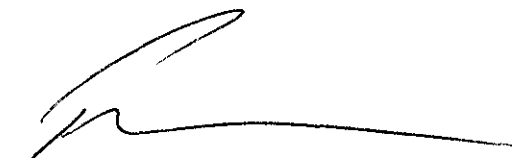
21. ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER

Det kan ikke være tvil om at de nye innkjøpsformene som det nå åpnes opp for, på lengre sikt vil kunne bidra til mer effektive offentlige anskaffelser, fordi prosessene i seg selv er mer effektive og fordi de trolig vil åpne opp for mer effektiv konkurranse over landegrensene. Terskelen for å ta i bruk disse innkjøpsformene vil imidlertid være rimelig høy for en alminnelig oppdragsgiver i kommunal sektor.

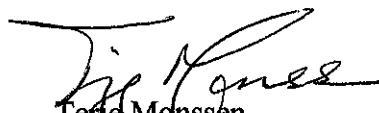
For å komme i gang må departementet derfor være seg bevisst sin rolle som ansvarlig pådriver. Denne rollen innebærer både at departementet tar initiativ til etablering av de nødvendig verktøy og at det viser vilje til å støtte –praktisk og økonomisk- oppdragsgivere som vil være med på å gå opp de nye veiene. Bare på den måten kan det vinnes erfaring som også de øvrige oppdragsgivere kan dra veksler på.

Mange oppdragsgivere har slitt med å etterleve bestemmelsene i den gjeldende forskriften. Det dreier seg da også om et ganske omfattende og stedvis forholdsvis komplisert regelverk. De endringer og tillegg som departementet nå foreslår, endrer ikke dette bildet. Det har lenge vært klart at oppdragsgivernes behov for råd og veiledning ikke har blitt dekket tilfredsstillende. Dette må departementet gjøre noe med, ikke minst i lys av at det nå foreslås ytterligere sanksjoner mot brudd på regelverket. At det rådgivningsmiljøet som nå finnes ved DOFFIN-databasens operatør i Narvik, nå står i fare for å gå i oppløsning, styrker ytterligere behovet for målrettet rådgivningsinnsats i departementets regi. Etter vårt syn kan dette behovet dekkes best og rimeligst ved etablering av regionale rådgivningskontorer som springer ut av- og knyttes opp mot allerede eksisterende, større innkjøpsmiljøer i regionene.

Med vennlig hilsen



Per Kristian Knutsen
finansdirektør



Terje Monssen
innkjøpssjef